

Desafios éticos do juiz brasileiro

José Renato Nalini*

O Judiciário brasileiro foi chamado a exercer um protagonismo crescente a partir das últimas décadas do século passado. Contribuiu para isso o fenômeno universal da *judicialização da política* ou da *politização da Justiça*. Mas não é essa a única explicação possível. A situação nacional contribuiu para intensificar a atuação judicial e para trazê-la a uma exposição insólita.

A Constituição de 05/10/1988

Um dos fatores mais nítidos dessa transformação foi o advento de uma Constituição que abandonou velhos paradigmas. A Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/1988 foi chamada “Constituição Panacéia”, porque pretendeu resolver todos os problemas nacionais. Promulgada após longo período de autoritarismo, foi considerada a solução para as grandes questões brasileiras.

O desprestígio dos demais poderes — um Executivo agigantado e onipotente, um Legislativo subserviente à vontade presidencial — canalizou todas as esperanças para o Judiciário. O menos corrupto dos Poderes herdou enormes responsabilidades a partir de 1988. A Constituição brasileira de 1988 foi aquela que mais acreditou no juiz. Criou instrumentos de ampliação do acesso à Justiça e mecanismos de macrorresolução dos conflitos.

O próprio Judiciário, como instituição, não estava preparado para assumir tais dilatadas responsabilidades. Manteve-se institucionalmente distanciado dos clamores e das aspirações. Foi reservado, comedido, módico em iniciativas implementadoras da nova realidade constitucional.

Instrumentos de ilimitado alcance foram esvaçados, como o mandado de injunção. A Reforma do Judiciário, que se desejava profunda e estrutural, permaneceu quase treze anos no Congresso, sem grande

interesse da própria Justiça no sentido de sua últimação.

Todavia, a Constituição estava a vigor e suscitou o exercício de uma nova criatividade por parte de alguns magistrados. Embora oriundos de uma formação jurídica arcaica, conservadora, no mais ortodoxo e dogmático positivismo, os juízes encontraram uma Carta instigante. A Constituição é do tipo dirigente e principiológica. Em lugar da rigidez da lei, biunívoca — vale ou não vale — ela acolheu princípios. Muita vez antagônicos. Pôs em questão a tutela da privacidade e da intimidade, mas garantiu a transparência como um dos valores básicos da Democracia. Protegeu a propriedade, mas submeteu-a ao cumprimento de sua função social. Ampliou a liberdade de expressão, mas igualmente assegurou o direito à responsabilização por danos materiais e morais dela resultantes.

A formação jurídica tradicional se submetia à lógica da subsunção. A explicação silogística da dicção da sentença mostrou-se superada com o advento de uma Constituição principiológica. Os princípios não se submetem à equação do silogismo, nem atendem à regra da subsunção. Princípios podem ser otimizados e aceitam o exercício da ponderação. Regras conflitantes se repelem. Princípios podem conviver.

A interpretação constitucional passou a permitir uma amplitude de atuação jurisdicional com que a velha Magistratura não estava acostumada. Até para os mais positivistas, a figura da pirâmide do ordenamento tem no seu ápice a Constituição. Esta é fundamento de validade de toda a infranormatividade. E um pacto preñado de princípios, rico de perspectivas, pleno de promessas, foi um campo de atuação propício ao desenvolvimento de várias modalidades de ativismo judicial.

A falência da lei

Outra vertente contribuiu para essa conversão do juiz em agente de transformação.

O Parlamento moderno perdeu sua condição de elaborar leis com o grau de perfectibilidade desejável. Primeiro, diante da complexidade contemporânea. O conhecimento e a ciência avançam com rapidez insus-

* Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, integrante da Primeira Câmara de Direito Público, da Câmara Especial de Direito Ambiental e do Órgão Especial da Corte, como membro eleito nas primeiras eleições após a Emenda Constitucional 45/2004.

catível de paralelo no processo legislativo clássico. A sociedade muda muito depressa e a elaboração das leis é caminho lento e tortuoso.

Em segundo lugar, o legislador deixou de ser o formulador de regras abstratas e gerais de conduta adequadas à condução da sociedade na consecução do bem comum. Elegem-se, de preferência, representantes de setores muito bem definidos. Tais legisladores defenderão, no Parlamento contemporâneo, os interesses de tais setores, aos quais tributam sua eleição. Nem sempre os interesses localizados coincidem com os interesses da Nação.

A lei que hoje se edita é uma resposta ambígua, tópica, pontual, para problemas muito específicos. Fruto de compromisso possível entre setores que se digladiam na busca de espaço maior na luta pelo poder. Essa lei imperfeita nunca permitiria uma aplicação literal por parte do juiz. Para poder implementá-la, ele completa o trabalho do legislador. Passa a legislar supletivamente, sob pena de não conseguir aplicar o ordenamento.

A capacidade de produção legiferante é reduzida. É por isso que o Executivo começa a legislar profusamente. Precisa enfrentar questões inesperadas e não pode se submeter ao tempo do Legislativo. E aquilo que deveria ser exceção — a edição das Medidas Provisórias — passa a ser a regra. O Executivo legisla mais do que o Legislativo.

Para suprir essa deficiência institucional, o Legislativo migra para o exercício de funções anômalas. Prioriza a investigação, a fiscalização do Executivo e se converte num órgão julgador.

Diante da realidade paradoxal de um Executivo que legisla, de um Legislativo que julga, o Judiciário é acusado de administrar. No Brasil, a possibilidade de concessão de liminares, medidas urgentes e satisfativas da prestação jurisdicional invocada, torna o juiz alguém que interfere decisivamente nas políticas públicas. O elenco de prerrogativas outorgadas ao juiz para influenciar a administração foi acrescido com a figura da *antecipação de tutela*, que é modalidade de adiantamento — *in limine* — da decisão final.

Essa a situação brasileira, num quadro evidentemente simplificado e quase caricatural. Todavia, suficiente a propiciar uma reflexão em torno à relevância que a ética judicial assumiu nestas últimas décadas.

A seleção de juízes

O Brasil optou pelo concurso público de provas e títulos para selecionar a maior parte de seus juízes¹. A magistratura de carreira é recrutada por um sistema de provas de conhecimento. Participa do concurso, em todas as suas fases, um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, para conferir transparência ao processo.

A opção do concurso é considerada satisfatória por preencher duplice requisito. É uma forma *democrática* de seleção, pois todos os bacharéis em Direito podem concorrer e também é *aristocrática*, no melhor sentido da expressão: apenas os mais talentosos serão aprovados.

Ocorre que o concurso tem sido realizado de maneira a privilegiar o conhecimento teórico. Examina-se o candidato sob a ótica de sua capacidade de memorização. Insiste-se na acumulação de conhecimentos e a sabedoria exigida é tradicional: o domínio da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

Isso garante o ingresso na Magistratura de uma juventude tecnicamente preparada. Aliás, preparada intensivamente por cursos especializados que, na verdade, dominam a técnica da preparação. A identidade das estratégias de recrutamento, reiteradas há muitas décadas, permitem o treino intensivo dos candidatos. Basta estimular a capacidade mnemônica e o êxito estará assegurado.

Uma seleção baseada na capacidade de acumulação de informações não garante à Magistratura o acesso dos mais éticos, dos vocacionados, dos experientes, dos possuidores de capacidade de trabalho e de consciência institucional.

Esse o drama do concurso público de provas e títulos. Drama que a resistência dos conservadores

¹ A nomeação para os Tribunais Superiores é privativa do Presidente da República, que submete o nome ao referendo do Senado Federal. Após uma sabatina do indicado pelo Senado, o Presidente da República o nomeia e ele se torna magistrado vitalício. Existe ainda o "quinto constitucional". Um quinto (20%) dos Tribunais é integrado por advogados experientes e por membros do Ministério Público. Esse "quinto" se torna um "terço" no Superior Tribunal de Justiça, a Corte encarregada de unificar a aplicação do direito federal em toda a Federação. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a Corte máxima da Nação, procedem de várias origens. O Presidente da República tem a liberdade de indicá-los, desde que possuam mais de 35 anos, formação jurídica e reputação ilibada.

impede reversão. O constituinte de 1988 já tentou reverter esse quadro. Inseriu na Constituição alguns dispositivos destinados a converter a Magistratura numa instituição mais ética, mais crítica, mais próxima ao povo e às legítimas aspirações do povo por uma Justiça mais humana e menos dele distanciada².

Desde 1988, não sobrevieram os cursos oficiais de preparação, durante os quais os atributos pessoais dos candidatos a juiz poderiam ser aferidos. Com o advento da Reforma do Judiciário em 2004, o constituinte renovou a mensagem, agora com redobrada ênfase. Há esperança de que a Enfam — Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, hoje confiada à maior Corte de Justiça a que pode aspirar um integrante da Magistratura — o Superior Tribunal de Justiça — venha a corrigir as falhas de um recrutamento que produziu bons frutos, mas que merece ajustar-se às exigências contemporâneas.

É essencial que uma permanência nas Escolas da Magistratura constitua *fase imprescindível do concurso de ingresso*. Só com o acompanhamento próximo do candidato a juiz é que se poderá aferir sua vocação, seu sentido ético, sua capacidade de trabalho, sua conduta, seu equilíbrio e outras qualidades que um concurso priorizador da memória não chega a detectar.

A Reforma do Judiciário

A Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004, trouxe a tão esperada Reforma do Poder Judiciário, em trâmite pelo Congresso desde 1992.

Não foi a profunda reforma estrutural desejada pelos mais lúcidos. De qualquer forma, trouxe a sinalização de que o povo brasileiro quer outra Justiça. Uma Justiça mais eficiente, sem o exagero do *eficientismo*. Uma Justiça mais preparada e consciente de sua responsabilidade histórica. Uma Justiça que, para come-

çar, remova a única deficiência consensualmente reconhecida por todos: a intolerável lentidão.

A preocupação do constituinte derivado com a lentidão da Justiça está presente em vários dispositivos da Emenda. Foi acrescentada, à longa enunciação do art. 5º, uma nova categoria de direito fundamental: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*.

O constituinte quer mais maturidade do juiz brasileiro, pois exigiu 3 anos de experiência jurídica³ para que o candidato se inscreva em concurso de ingresso. Renovou a pretensão de que o magistrado seja operoso e produtivo, pois a aferição do merecimento se dará conforme o desempenho e pelos critérios objetivos da produtividade e presteza no exercício da jurisdição⁴. Manteve o requisito da frequência e do aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento⁵. Vedou a promoção do juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão⁶.

Enfatizou a necessidade da formação continuada, desde a preparação até o último estágio de permanência na carreira⁷. Criou a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, com a função de regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira⁸.

Prevenido pela circunstância de que, desde 1988, o Judiciário não atendeu a tais reclamos, criou o Conselho Nacional de Justiça, com a vocação de *controle externo* da Magistratura brasileira⁹.

Foi a *reforma possível*, considerada a heterogeneidade dos interesses, a sofisticada estrutura da Justiça brasileira, com duas justiças comuns — a Estadual e a Federal — e três justiças especiais: laboral, militar e eleitoral. Além da presença do Ministério Público, alçado à condição de verdadeiro *supra poder* a partir de 1988

² A Constituição de 1988 previu aferição do merecimento do magistrado para fins de promoção, pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento (alínea c do inciso II do art. 93) e previu cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira (inciso IV do art. 93). A mensagem do constituinte era clara: existe necessidade de *preparação* — sempre prévia ao concurso — para alguém se tornar juiz. E a condição de juiz não dispensa o profissional de atualização permanente, na adequada concepção de formação continuada.

³ Art. 93, I, com a redação da Emenda 45/2004.

⁴ Art. 93, II, c, com a redação da Emenda 45/2004.

⁵ Idem, ibidem.

⁶ Art. 93, II, e, com a redação da Emenda 45/2004.

⁷ Art. 93, IV, com a redação da Emenda 45/2004.

⁸ Art. 105, parágrafo único, I e 111-A, § 2º, I, com a redação da Emenda 45/2004.

⁹ Art. 103, b, com a redação da Emenda 45/2004.

e a influência crescente da Ordem dos Advogados do Brasil, hoje com mais de *um milhão de advogados credenciados* em todo o país.

A ética do juiz brasileiro

Poder-se-á indagar: e a ética do juiz brasileiro?

O juiz brasileiro não dispõe de um Código de Ética¹⁰, mas os preceitos éticos estão disseminados na Constituição, nos Códigos e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Não é difícil extrair significados éticos para os preceitos fundantes. Ao reclamar um juiz operoso, produtivo, diligente, que resida na comarca, interessado em atualização contínua, o constituinte está a propor um perfil eminentemente *ético* para o magistrado brasileiro.

A Lei Orgânica da Magistratura exige a *virtude* como dever legal do juiz brasileiro. Pois ao estabelecer os deveres do magistrado, encerra o rol exemplificativo com o eloqüente comando: *manter conduta irrepreensível na vida pública e particular*¹¹. Ora, o que é a *irrepreensibilidade*, senão a qualidade ou o caráter de irrepreensível? E irrepreensível é o sem mácula, escoreito, perfeito, que não dá margem a repreensão ou censura.

Não é por falta de lei que não se concede à ética judicial a relevância devida. Relevância crescente

diante do destroço moral em que imersa considerável parte das instituições políticas no Brasil deste início de século.

O juiz ético saberá assimilar as mensagens normativas da Reforma do Judiciário e investirá numa carreira imersa no aprendizado contínuo. Mas aprendizado não meramente técnico ou teórico, mas aprendizado para administrar conflitos e angústias. Aprendizado para solucionar os problemas postos pelas partes. Aprendizado que envolve o autoconhecimento, para melhor dominar suas deficiências e para investir nos seus talentos.

A verdadeira reforma do Judiciário é a reforma da consciência. Sem uma consciência ética, de nada adiantará a melhor das Constituições e a mais perfeita entre as leis.

O paradoxo ético do juiz brasileiro

O juiz brasileiro vive momento paradoxal. A crise política atinge a vida pública e contamina as instituições. Há um sentimento generalizado de desalento e descrença. A juventude, principalmente, sente-se frustrada e convencida de que não há espaço para a moralidade na esfera estatal.

O juiz integra a sociedade e não passa incólume a essa sensação de descrença. Sente-se cobrado e, quanta vez, impotente para refrear a cupidez e paralisar o ciclo dos desmandos.

Simultaneamente, parcela significativa da comunidade reconhece no Judiciário o guardião das promessas do constituinte. Quando desmoronam os pilares das certezas, dos valores, da suficiência da lei e da operosidade da razão, resta fortalecida a simbologia da Justiça.

Diante de uma sociedade que parece haver perdido o sentido da moral, o juiz parece encarnar o que resta da moralidade maltratada.

Confia-se no Judiciário como a última alternativa. Daí a multiplicação das demandas, a busca do justo concreto sob suas várias exteriorizações, o recurso à Justiça em crise como fenômeno que não se pode negar.

Entre os frangalhos institucionais de um aparelho estatal desprestigiado, emerge a Justiça como esperan-

¹⁰ Ao redigir a "Proposta Concreta para a Reforma do Judiciário", propus ao então relator da Reforma do Judiciário, o Deputado Jairo Carneiro, a inserção de um inciso destinado a conferir ao STJ — Superior Tribunal de Justiça — a elaboração do Código de Ética do Juiz Brasileiro. A proposta não foi aceita na redação do substitutivo final da reforma. Mas o Conselho Nacional de Justiça optou por elaborar um projeto, ora submetido à avaliação e reflexão de todos os interessados a discuti-lo.

¹¹ O art. 35 da Lei Complementar Federal 35, de 14/03/1979 dispõe: São deveres do magistrado: I — cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; II — não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III — determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; IV — tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência; V — residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; VI — comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão; e não se ausentar, injustificadamente, antes de seu término; VII — exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; VIII — manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

ça de retempero da vida social. Depende da postura do juiz encarar o desafio ou somar-se ao passivo do crédito coletivo.

Terá o juiz consciência da missão que estes tempos a ele reservaram? As instituições, até o momento, não se deram conta disso e nem se preocupam com a formação de um profissional polivalente, apto a superar dificuldades, hábil ao navegar incertezas, pronto para reconhecer que suas competências já não se mostram satisfatórias diante da complexidade da vida.

Formação técnica distanciada de uma profunda reflexão e vivência ética de nada servirá para garantir a sobrevivência da Justiça. Esta poderá subsistir como instância burocrática, eficiente ao legitimar a ficção democrática e garantir a manutenção do *statu quo*. Nunca assumirá a missão redentora de pacificar, de harmonizar e de sinalizar à sociedade carente de valores os signos distintivos de uma civilização em marcha.

Enorme a responsabilidade dos que têm a missão de formar os futuros juizes. Dependerá da consciência desses formadores incutir na mocidade sequiosa de bandeiras, não de farrapos, desejosa de valores e padrões, cansada de falsos líderes, a força e a vontade de reagir.

É urgente reabilitar a ética. Palavra tão utilizada em todos os discursos e semanticamente comprometida. Todavia, essencial à caracterização do juiz do futuro.

Não padece a Magistratura de falta de erudição. Ao contrário, erudição em excesso pode mascarar a produção massiva de injustiças. Um povo que já convive com o crescimento da miséria e da exclusão, que sofre com a mais perversa distribuição de rendas do mundo, com a mais injusta carga tributária e com os juros mais elevados do planeta, merece um juiz confiável.

Entre as quatro idoneidades salientadas por Rodolfo Luis Vigo para o juiz de hoje — a física-psicológica, a técnico-jurídica, a gerencial e a ética¹² — ousaria afirmar que esta última é a mais importante. Um juiz ético, ainda sem estímulos ou a despeito das vicissitudes que atormentam a função judicial em nossos pa-

íses, cuidará de manter-se física e psicologicamente hígido, de se aperfeiçoar técnico-juridicamente e de investir em sua capacidade gerencial. Já o juiz desprovido de ética, por mais aquinhoado que seja nas outras idoneidades, longe estará de se converter em artífice da harmonia e da paz.

Harmonia e paz que nunca deixaram de habitar o recôndito das mais profundas aspirações do homem.

Onde foi parar a ética?

A sociedade brasileira mergulhou numa crise permanente de valores. A derrocada da família, a redução da importância da Igreja, a falência da Escola, tudo isso veio a caracterizar uma era em que o egoísmo prepondera. Materialismo, consumismo, narcisismo, individualismo exacerbado não podem conviver pacificamente com a ética.

O que ocorreu?

Houve descuido dos pensadores e das pessoas capazes de transformar o mundo em relação à filosofia. Por que se abandonou a filosofia? Por que ela não solucionava problemas. Ela problematiza. Ela angustia. Recorrentes as indagações: — *Por que nasci? O que estou fazendo no planeta? Por que morro sem pedir e para onde vou depois da morte? Haverá vida depois da morte?*

A filosofia impõe às pessoas um encontro com a finitude. Tira delas a aparente imortalidade. Age-se, no mundo contemporâneo, como se todos fossem viver eternamente. É tabu falar da morte.

Ora, a filosofia tem uma triplíce divisão em seu conteúdo. Ela fala sobre a inteligência do que é — a teoria. Contempla a *sede de justiça*, que é a ética. Procura a sapiência ou a salvação: a sabedoria. Tanto que, utopicamente atingida a sabedoria, ninguém mais precisaria ser seu *amigo*, tradução do filósofo. Estaria descoberto o caminho da salvação.

No momento em que se lançou fora a filosofia, pois ela faz enfrentar o problema do efêmero, da morte que é o único encontro marcado, a mais democrática das ocorrências, jogou-se com ela a ética. Por isso o mundo tem dificuldades em reencontrar essa ciência do comportamento moral do homem em sociedade e de se ajustar a parâmetros morais.

¹² VIGO, Rodolfo Luis. “Ética Judicial e Interpretação Jurídica”, no prelo em *Quaestio Iuris* n. 2, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro.

Cumpra ao mundo jurídico — e nele, principalmente ao juiz, reencontrar esse caminho. Dissolver o divórcio, restaurar a aliança entre a técnica e a filosofia. E o mundo ganhará se todos formos mais éticos.